

Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties

Aan de Voorzitter van de Tweede Kamer der Staten-Generaal

Postbus 20018

2500 EA DEN HAAG

Directie Constitutionele Zaken en Wetgeving
Afdeling Constitutionele Zaken

www.rijksoverheid.nl
www.facebook.com/minbzk
www.twitter.com/minbzk
www.linkedin.com/company/ministerie-van-bzk

Kenmerk
2022-0000321093

Uw kenmerk

Datum 1 juli 2022
Betreft Hoofdlijnenbrief constitutionele toetsing

Aanleiding

Hierbij sturen wij u, mede namens de minister van Justitie en Veiligheid, een overzicht op hoofdlijnen van aspecten bij verschillende varianten van constitutionele toetsing. Met deze brief wordt gevolg gegeven aan het coalitieakkoord, waarin is aangekondigd dat dit kabinet de uitwerking van constitutionele toetsing ter hand zal nemen, in lijn met het advies van de staatscommissie parlementair stelsel, waarbij het kijkt welke vormgeving het best aansluit bij het Nederlandse rechtssysteem.[1] Deze hoofdlijnenbrief sluit aan op de brief constitutionele toetsing[2] en op de aankondiging aan de Kamer bij de commissiedebatten over het coalitieakkoord op het terrein van de ministeries van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties en van Justitie en Veiligheid.[3] Hiermee geeft het kabinet tevens (nader) uitvoering aan in de Tweede Kamer aangenomen moties inzake de invoering van constitutionele toetsing.[4]

Kernboodschap

Het kabinet meent dat de rechtsbescherming van burgers, juist waar het gaat om de meest fundamentele rechten van burgers ten opzichte van de overheid, verbetering behoeft. Door rechterlijke constitutionele toetsing mogelijk te maken, beoogt het kabinet bij te dragen aan de versterking van de positie van de burger ten opzichte van de overheid en, mede door een grotere maatschappelijke betekenis toe te kennen aan de Grondwet, een versteviging van de rechtsstatelijke waarborgen. Het kabinet heeft de verschillende varianten en inrichtingskeuzes langs de lijnen van het coalitieakkoord gewogen en heeft alles

[1] Coalitieakkoord, 15 december 2021, p.2. Zie ook de Hoofdlijnenbrief van de Minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties, *Kamerstukken II* 2021/22, 35925-VII, nr. 129 en de Hoofdlijnenbrief van de Ministers van Justitie en Veiligheid en voor Rechtsbescherming, *Kamerstukken II* 2021/22, 35 925 VI nr. 132, p. 2.
[2] Brief constitutionele toetsing, *Kamerstukken II* 2021/22, 35 925 VII, nr. 103 (met bijlage).
[3] Verslag commissiedebat hoofdlijnen coalitieakkoord van 26 januari 2022, *Kamerstukken II* 2021/22, 23 925 VII nr. 130, p. 48 (BZK) en 35 925 VI nr. 135 (JenV).
[4] Motie Kuik c.s, Kamerstukken II 2020/21, 28 362 nr. 47, motie Simons, Kamerstukken II 2020/21, 35 925 VII nr. 43.

afwegende, een voorkeur voor de variant van constitutionele toetsing die goed aansluit op het beoogde doel. Hierbij denkt het kabinet aan de variant van toetsing door iedere rechter (gespreide toetsing) aan met name genoemde grondwetsbepalingen over vrijheidsrechten, waarbij de rechter in een bindend rechterlijk oordeel in een concreet aan hem voorliggend geval een wet of wetsbepaling buiten toepassing kan laten wegens strijd met de Grondwet.

Constitutionele toetsing in een democratische rechtsstaat

In deze hoofdlijnenbrief verstaat het kabinet onder constitutionele toetsing de rechterlijke toetsing van formele en in werking getreden wetten aan bepalingen van de Grondwet. Het gaat hier om een specifieke invulling van constitutionele toetsing. Voor een helder begrip van het vraagstuk inzake constitutionele toetsing zoals bedoeld in het coalitieakkoord en in deze hoofdlijnenbrief, wordt kort stil gestaan bij de bredere betekenis van constitutionele toetsing in de context van de democratische rechtsstaat. Die bredere betekenis heeft betrekking op de volgende drie aspecten.

In de eerste plaats heeft constitutionele toetsing ook betrekking op de bestaande mogelijkheid van rechterlijke toetsing van *lagere* regelgeving, zoals Algemene Plaatselijke Verordeningen (APV's), aan de Grondwet. In de tweede plaats zien in ons staatsbestel ook de twee andere staatsmachten toe op grondwettigheid van (concept) wet- en regelgeving, elk vanuit hun eigen bevoegdheden en taakinvullingen. Daarbij gaat het wat betreft de wetgevende macht om de regering en de Staten-Generaal (artikel 81 van de Grondwet), die er gezamenlijk voor moeten waken dat de wetten die zij maken niet in strijd zijn met regels van constitutioneel recht. Zij worden daarin geadviseerd door primair de Afdeling advisering van de Raad van State. In de derde plaats wordt bij het begrip constitutionele toetsing ook wel uitgegaan van de constitutie in brede zin, ofwel: de constitutie betreft dan niet alleen de Grondwet, maar het geheel van – geschreven en ongeschreven – fundamentele regels en rechtsbeginselen die de juridische grondslag van ons staatsbestel vormen, inclusief de nationale en internationale regels die dienen ter bescherming van de fundamentele rechten van burgers.[5]

Tegen deze achtergrond moet worden geconstateerd dat constitutionele toetsing mogelijk is, behalve door de rechter voor zover het gaat om de toetsing van formele wetten aan bepalingen van de Grondwet, wegens het verbod in artikel 120 Grondwet.[6] Het kabinet wil deze uitgezonderde vorm van constitutionele toetsing alsnog mogelijk maken, in lijn met het advies van de staatscommissie parlementair stelsel en, wat de vormgeving betreft, voor zover het past bij ons rechtssysteem/staatsbestel.

Het Nederlandse staatsbestel wordt gekenmerkt als een gedecentraliseerde eenheidsstaat en een constitutionele monarchie met ministeriële verantwoordelijkheid en een parlementair stelsel, gebaseerd op de beginselen van

---

[5] Deze brede benadering wordt gehanteerd door in elk geval de regering als medewetgever en de Afdeling advisering van de Raad van State, zie: Handreiking constitutionele toetsing, Kamerstukken II 2021/22, 35925 VII, nr. 142, alsmede B.P. Vermeulen & H.J.Th.M. van Roosmalen, 'De constitutionele toetsing door de Raad van State', *Regelmaat* 2012-4, p. 212-224.
[6] Evenmin vindt toetsing plaats aan algemene rechtsbeginselen, hetgeen voortvloeit uit het Harmonisatiewet-arrest (Hoge Raad 1989).

de democratische rechtsstaat. Deze beginselen van de democratische rechtsstaat legitimeren, normeren en limiteren het overheidsoptreden en vormen daarom ankerpunt en leidraad in het overheidshandelen. Tot de beginselen of kernelementen van de rechtsstaat rekent het kabinet in elk geval het legaliteitsbeginsel, de grondrechten, de spreiding van machten en de (toegang tot een) onafhankelijke en onpartijdige rechter.[7] Deze kernelementen hangen intrinsiek samen met die van de democratie, waartoe ten minste worden gerekend de periodieke en vrije verkiezingen. Rechtsstaat en democratie zijn onlosmakelijk met elkaar verbonden, zoals ook is benadrukt door onder andere de Raad voor het openbaar bestuur, de Raad van State en de staatscommissie parlementair stelsel..[8] Die samenhang komt bij uitstek tot uitdrukking in het begrip democratische rechtsstaat, zoals dat bijvoorbeeld zijn weerslag heeft gevonden in de verklaringswet tot opneming van een algemene bepaling in de Grondwet: de Grondwet waarborgt de grondrechten en de democratische rechtsstaat.

Rechterlijke constitutionele toetsing van wetten zal – afhankelijk van het gekozen model - in meer of mindere mate gevolg hebben voor de onderlinge verhouding binnen de trias politica, in het bijzonder tussen de wetgevende en rechterlijke macht. Daarop zal in het hierna volgende mede worden ingegaan.

Doel van de invoering van rechterlijke constitutionele toetsing

Het toetsingsverbod dat is neergelegd in artikel 120 van de Grondwet betekent in de praktijk onder andere dat burgers die menen dat een bepaalde wet tot een aantasting leidt van hun grondwettelijke rechten, nu niet bij de rechter terecht kunnen. Invoering van rechterlijke toetsing van wetten aan grondwetsbepalingen, juist waar het gaat om de meest fundamentele rechten van burgers ten opzichte van de overheid, beoogt bij te dragen aan verbetering van de rechtsbescherming van burgers en daarmee een versterking van de rechtspositie van de burger ten opzichte van de overheid.

Op haar beurt leidt die mogelijkheid er onder meer toe dat de grondwettelijke grondrechten een levendiger onderdeel worden van de rechtspraktijk en burgers zich bewuster kunnen worden van de waarde en de betekenis van de Grondwet. Voor de mogelijke inrichting van het stelsel van constitutionele toetsing is daarom tevens van belang dat dit stelsel inzichtelijk en toegankelijk is, zonder dat daarbij voor de burger slecht te begrijpen voorwaarden of belemmeringen zijn ingebouwd. Daarom staat bij de inrichting van de (toetsings)procedure de toegankelijkheid en inzichtelijkheid voor de rechtzoekende burger voorop.

Invoering van de rechterlijke toetsing beoogt daarnaast bij te dragen aan de versteviging van de rechtsstatelijke waarborgen, door een versterkte maatschappelijke betekenis van de Grondwet als juridisch staatkundig basisdocument van onze rechtsstaat.

---

[7] Vgl. Kamerstukken II (Reactie op ROB-advies 'Een sterkere rechtsstaat' en Raad van Statebeschouwing 'Evenwicht in de Rechtsstaat’).
[8] Zie respectievelijk: Raad voor het openbaar bestuur (ROB), ‘Een sterkere rechtsstaat. Verbinden en beschermen in een pluriforme samenleving’ 2020; Raad van State, Jaarverslag 2019, Beschouwing ‘Het evenwicht in de rechtsstaat’; eindrapport van de staatscommissie parlementair stelsel - Lage drempels, hoge dijken. Democratie en rechtsstaat in balans, 23 december 2018 (bijlage bij *Kamerstukken II* 2018/19, 34 430 nr.9).

Uitwerking coalitieakkoord

Zoals hiervóór gemeld is in het coalitieakkoord vastgelegd dat de uitwerking van constitutionele toetsing ter hand wordt genomen, in lijn met het advies van de staatscommissie parlementair stelsel, waarbij wordt gekeken welke vormgeving het best aansluit bij het Nederlandse rechtssysteem.

De staatscommissie parlementair stelsel adviseerde tot de invoering van constitutionele toetsing door de rechter van wetten aan met name genoemde bepalingen in de Grondwet, voornamelijk grondwettelijke grondrechten die fundamentele vrijheidsrechten van de burger bevatten. Dit toetsingskader komt overeen met het toetsingskader dat in het initiatiefwetsvoorstel Halsema/Van Tongeren[9] werd voorgesteld, aangevuld met de algemene bepaling 'De Grondwet waarborgt de grondrechten en de democratische rechtsstaat', wanneer die een plaats krijgt in de Grondwet.[10] Anders dan het initiatiefwetsvoorstel Halsema/Van Tongeren, dat uitging van gespreide toetsing, adviseerde de staatscommissie tot geconcentreerde toetsing door een daartoe in te stellen constitutioneel hof. Op deze aspecten wordt hieronder ingegaan.

Constitutionele verhoudingen

De invoering van constitutionele toetsing, in welke vorm dan ook, heeft gevolgen voor de bestaande constitutionele verhouding(en) tussen met name de rechtsprekende en de wetgevende macht. De aard en de omvang van die gevolgen verschillen per variant, maar ze zijn hoe dan ook een belangrijk punt van overweging. Het gaat uiteindelijk om een verschuiving (klein of groot) in het machtsevenwicht tussen de centrale staatsorganen (de *trias politica*) en is daarom van een rechtsstatelijke en van een constitutionele orde.

In het huidige stelsel is de wetgever uiteindelijk de laatste instantie die bevoegd is tot interpretatie van de Grondwet waar het de uitleg en toepassing betreft van wetten in formele zin. Dit wordt ook wel het primaat van de wetgever genoemd.[11]

Als rechtspolitieke overweging die aan het huidige toetsingsverbod ten grondslag ligt, geldt dat de wetgever democratisch is gelegitimeerd en de voor het leven benoemde rechter niet. Daarnaast gelden overwegingen als de betekenis van de Grondwet, waarvan de uitleg (en de toepassing) niet alleen een (strikt) juridische is, maar ook – en soms in overwegende mate – een politieke. Dat laatste zou de rechter minder geschikt maken om te oordelen over zaken die in meer of mindere mate politieke dimensies hebben.

---

[9] Voorstel van wet van het lid Halsema houdende verklaring dat er grond bestaat een voorstel in overweging te nemen tot verandering in de Grondwet, strekkende tot invoering van de bevoegdheid tot toetsing van wetten aan een aantal bepalingen van de Grondwet door de rechter, *Kamerstukken I* 2004/05, 28 331, A. Na indiening voor een tweede lezing werd het wetsvoorstel ingetrokken.
[10] Eindrapport van de staatscommissie parlementair stelsel - Lage drempels, hoge dijken. Democratie en rechtsstaat in balans, 23 december 2018, par. 6.1 (bijlage bij *Kamerstukken II* 2018/19, 34 430 nr.9). Het voorstel is in eerste lezing door de TK en de EK aangenomen (*Kamerstukken* 35 786, Wet van 9 maart 2018, *Stb*. 2018, 86). Het voorstel is onlangs in tweede lezing door de Tweede Kamer aanvaard.
[11] Soms gebeurt dit in een meer of minder uitgebreid proces van zogenoemde constitutionele dialoog, waarbij de rechter signalen afgeeft aan de wetgever en/of de wetgever de interpretatie van de Grondwet door de rechter passeert of nader inkleurt.

Directie Constitutionele Zaken en Wetgeving
Afdeling Constitutionele Zaken

Bij invoering van constitutionele toetsing van formele wetgeving aan de Grondwet verschuift de bevoegdheid tot uitleg van de Grondwet met betrekking tot formele wetgeving deels naar de rechterlijke macht. Dat is noodzakelijk om het doel van invoering van constitutionele toetsing te bereiken; zonder die verschuiving kan de rechter geen aanvullende rechtsbescherming bieden. Dat hoeft niet te betekenen dat het primaat van de wetgever wordt doorkruist. Nederland kent immers geen strikte machtenscheiding. Zo toetst de rechter al geruime tijd wetgeving aan verdragen, waarmee hij uitleg geeft aan fundamentele normen. Ook nu gaat de rechter in dialoog met de wetgever, door juridische knelpunten te signaleren. Bovendien gaat de grondwetgever ook na invoering van rechterlijke constitutionele toetsing nog altijd over de inhoud van de Grondwet, want als de uitleg van de rechter hem niet juist of niet wenselijk voorkomt, kan hij de Grondwet aanpassen. Tenslotte zou de invoering van rechterlijke constitutionele toetsing wat het kabinet betreft hand in hand moeten gaan met een versterkte constitutionele toetsing in de fase waarin wetgeving tot stand komt. In dit verband wijst het kabinet op de onlangs aan uw Kamer toegestuurde handreiking Constitutionele toetsing.[12]

Hoewel dus geen grote verschuiving in het machtsevenwicht valt te verwachten, moet bij het afwegen van de verschillende varianten van constitutionele toetsing rekening worden gehouden met het uitgangspunt dat politieke keuzes democratische legitimatie behoeven. Daarom streeft het kabinet naar een variant die goed aansluit op het primaire doel van constitutionele toetsing, zoals dat naar zijn oordeel ook valt af te leiden uit de Kamermoties hieromtrent, namelijk verbetering van de individuele rechtsbescherming, zonder vergaande wijzigingen aan te brengen in het geheel van bestaande instituties en de bestaande verhoudingen tussen de drie staatsmachten.

A Opties

De belangrijkste keuzes
De invoering van constitutionele toetsing kent een aantal materiële, organisatorisch-institutionele en procedurele aspecten.[13] De verschillende varianten voor de inrichting van constitutionele toetsing zijn op te delen in vier hoofdvragen:

a. *Materieel: toetsing aan welke bepalingen?*
Wat betreft de onderdelen van de Grondwet waaraan wetten zouden (moeten) kunnen worden getoetst, zijn verschillende mogelijkheden denkbaar. Daarbij kan grofweg worden onderscheiden tussen toetsing aan (sommige) grondwettelijke grondrechten of ook toetsing aan andere onderdelen van de Grondwet, zoals bepalingen die de inrichting, de bevoegdheden en werkwijze bepalen van de belangrijkste staatorganen.

b. *Organisatorisch-institutioneel: toetsing door welke rechter(s)?*
Van wezenlijk belang is de vraag welke rechter(s) bevoegd moet(en) zijn tot toetsing van wetten aan de Grondwet. De keuze is grofweg uit:

[12] Handreiking constitutionele toetsing, bijlage bij Kamerstukken II 2021/22, 35925 VII, nr. 142.
[13] Vgl. Brief constitutionele toetsing, *Kamerstukken II* 2021/22, 35 295 VII, nr. 103 (met bijlage) en de Nota constitutionele toetsing van formele wetten, *Kamerstukken II*, 2001/02, 28 355, nr. 2.

(i) *gespreide toetsing*: alle rechterlijke instanties zijn bevoegd om te toetsen (rechtbanken, gerechtshoven, Hoge Raad (HR), Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (ABRvS), Centrale Raad van Beroep (CRvB) en College van Beroep voor het bedrijfsleven (CBb);
(ii) *geconcentreerde toetsing*: bij een of meer van de bestaande (hoogste) rechterlijke instanties (HR, ABRvS, CRvB, CBb);
(iii) *geconcentreerde toetsing* bij een daartoe in te stellen constitutioneel hof.

c. *Organisatorisch-institutioneel: wanneer wordt getoetst?*
Bij constitutionele toetsing is van belang op welk moment toetsing plaatsvindt. Die toetsing kan plaats vinden op een moment *voordat* een wet in werking is getreden (*ex ante*), bijvoorbeeld voordat het wetsvoorstel bij de Tweede Kamer wordt ingediend, tijdens de parlementaire behandeling van het wetsvoorstel, of nadat het wetsvoorstel door de Staten-Generaal is aangenomen, maar nog voordat de wet in werking is getreden. In het huidige systeem vindt *ex ante* toetsing aan de Grondwet plaats door het kabinet, de Afdeling advisering van de Raad van State en het parlement. Ook is toetsing denkbaar op het moment *nadat* een wet in werking is getreden (*ex post*). Tenslotte kunnen beide vormen van toetsing naast elkaar bestaan: zowel toetsing *ex ante* als *ex post*. In dit overzicht wordt uitgegaan van rechterlijke toetsing *ex post*.

d. *Procedureel: wie legt vragen voor, samenloop en rechtsgevolgen.*
De vraag *wie* een toetsingsvraag voorlegt, hangt mede af van de hiervoor vermelde modellen. Bij *gespreide* toetsing kan iedere burger bij elke rechter terecht. Binnen het geconcentreerde model valt te denken aan verschillende modaliteiten: rechtstreekse toegankelijkheid tot de hoogste rechter dan wel het constitutioneel hof voor rechtzoekenden of via een prejudiciële procedure, waarbij elke (lagere) rechterlijke instantie verplicht is in bepaalde zaken en voor zover relevant een vraag voor te leggen.

Wat betreft de *samenloop* van constitutionele toetsing en verdragstoetsing is van belang dat verdragstoetsing in Nederland een vorm is van *gespreide* toetsing. Op grond van de artikelen 93 en 94 Grondwet mag iedere rechterlijke instantie in Nederland wettelijke voorschriften (lagere regelgeving, wetten en ook de Grondwet zelf) toetsen aan 'een ieder verbindende bepalingen' van verdragen. 'Een ieder verbindend' wordt daarbij uitgelegd als een norm die als objectief recht in de Nederlandse rechtsorde kan worden toegepast. In het geval van een onverenigbare toepassing is de rechter bevoegd om nationale wettelijke voorschriften buiten toepassing te laten. Dat betekent dat de rechter de internationale norm toepast in de plaats van de nationale norm. Een andere keuze is mogelijk. Zo geldt voor sommige andere staten dat gekozen is voor een stelsel waarin deze internationale verdragen, willen ze bindend zijn, eerst in nationale wetgeving moet worden neergelegd. Naar het oordeel van het kabinet is een dergelijke vergaande stelselwijziging niet aan de orde. Het is niet goed in te passen in het huidige Nederlandse rechtssysteem, en is evenmin in lijn met de aanbevelingen van de staatscommissie parlementair stelsel.[14]

---

[14] Hiermee doet het kabinet de toezegging gestand die de toenmalige Minister voor Rechtsbescherming tijdens het Eerste Kamer debat Staat van de rechtsstaat van 10 maart 2020 heeft gedaan zodra er een kabinetsvoorstel over constitutionele toetsing komt expliciet in te gaan op de verhouding tussen internationale verdragen en constitutionele toetsing, Handelingen I 2019/20, nr. 23, item 8, p. 32.

Bij *geconcentreerde* constitutionele toetsing (door een enkele of alleen de hoogste rechterlijke instanties) zou alsdan een onderscheid moeten worden gemaakt tussen toetsing aan verdragsbepalingen en toetsing aan de Grondwet, in de wetenschap dat een goede afbakening tussen beide vormen van toetsing *materieel* vaak lastig te maken is, juist wanneer die bepalingen inhoudelijk hetzelfde onderwerp regelen of een vergelijkbare strekking hebben.[15]

Wat betreft de *rechtsgevolgen* van de constatering door de rechter *c.q.* constitutioneel hof van strijd tussen wet en Grondwet zijn denkbaar: nietigverklaring, vernietiging, onverbindend verklaring of het buiten toepassing laten van de wet (of een onderdeel daarvan). Bij nietigverklaring wordt de wet(sbepaling) geacht nooit te hebben bestaan. Dat heeft vérgaande gevolgen voor rechtsverhoudingen die op grond van de wet(sbepaling) zijn ontstaan, gewijzigd of teniet gegaan. De vernietiging heeft niet een dergelijke 'terugwerkende kracht', omdat die pas geldt vanaf het moment dat de vernietiging wordt uitgesproken en werking heeft. Bij onverbindend-verklaring wordt de 'bindende kracht' van de wet(sbepaling) opgeheven, waardoor de wet(sbepaling) nog wel bestaat, maar krachteloos is. Denk daarbij aan het geval dat een tijdelijke maatregel buiten werking wordt gesteld, waardoor de maatregel naar de letter nog bestaat, maar niet (meer) kan worden gehandhaafd. Bij het 'buiten toepassing laten' wordt in het voorliggende geval geen gevolg gegeven aan de wet(sbepaling), maar wordt in de plaats daarvan de hogere norm toegepast. Dat betekent dat in dit geval geen rechtsvacuüm ontstaat, omdat een andere (hogere) norm in de plaats treedt van de oorspronkelijke norm.

B Afweging en voorkeuropties

Welke grondwettelijke bepalingen worden getoetst en waaraan?

Onder constitutionele toetsing wordt in deze hoofdlijnenbrief begrepen de rechterlijke beoordeling van de grondwettigheid van in werking getreden wetten, dus rechterlijke toetsing *ex post*. Er zijn meer regelingen en voorschriften dan wetten in formele zin en die kunnen naar huidig recht worden beoordeeld op hun grondwettigheid. Omdat het toetsingsverbod van artikel 120 Grondwet doelt op wetten in formele zin, is de rechter bevoegd om de grondwettigheid van regelingen en voorschriften te beoordelen, zolang het maar geen wetten in formele zin betreft. De toetsing van dergelijke regelingen en voorschriften komt regelmatig voor. Het voorbeeld bij uitstek is de openbarings- en verspreidingsjurisprudentie over artikel 7 (vrijheid van drukpers) Grondwet.[16] Maar ook in dat geval gaat het om in werking getreden regelingen en voorschriften, zodat het een rechterlijke toetsing *ex post* betreft.

Grondwettelijke vrijheidsrechten

Het toetsingskader van de rechter voor constitutionele toetsing kan bestaan uit een aantal met name genoemde bepalingen uit de Grondwet met name

---

[15] Nota constitutionele toetsing van formele wetten, *Kamerstukken II*, 2001/02, 28 355, nr. 2, punt 6.
[16] Zo is de verbodsbepaling in de Haarlemse APV op het op straat dragen van kleding met het logo van een verboden motorclub in strijd geacht met artikel 7 Grondwet (HR 24 december 2021, ECLI:NL:HR:2021:1946) en de bepaling uit de Rotterdamse APV die een 'sisverbod' bevatte in strijd met artikel 7 Grondwet (Hof Den Haag 19 december 2019, ECLI:NL:GHDHA:2019:3293).

grondwettelijke vrijheidsrechten waarop de burger zich kan beroepen. Ten aanzien van vrijheidsrechten in verdragen hebben de vrijheidsrechten van de Grondwet op onderdelen een toegevoegde waarde. Zo bevatten de artikelen 6-9 Grondwet het recht op vrijheid van godsdienst en levensovertuiging, vrijheid van drukpers, verenigingsvrijheid en de vrijheid van vergadering en betoging. Daarbij zijn ze niet alleen op onderdelen specifieker dan overeenkomstige verdragsbepalingen, bijvoorbeeld wat betreft de aard en het aantal van de legitieme beperkingsgronden, maar bepalen zij ook dat voor de uitoefening van deze rechten geen voorafgaande toestemming of vergunning van de overheid mag worden verlangd. Voorts kent de Grondwet een aantal specifieke, in verdragen niet op dezelfde manier verankerde grondrechten, zoals het petitierecht, het recht op rechtsbijstand in civiele en bestuursrechtelijke geschillen en, als de daartoe strekkende grondwetswijzigingen aangenomen worden, de algemene bepaling en het recht op een eerlijk proces in alle rechtsgedingen. Beperkingen op de uitoefening van grondwettelijke grondrechten moeten steeds zijn vastgelegd in een wet in formele zin of daartoe herleidbaar zijn; een eis die de verdragen niet op deze strikte manier vereisen.

Sociale grondrechten

Behalve vrijheidsrechten kent de Grondwet ook sociale grondrechten.[17] Anders dan de vrijheidsrechten die van de overheid veelal staatsonthouding vragen, vergen sociale grondrechten juist overheidsingrijpen om doelstellingen, zoals voldoende werkgelegenheid, huisvesting of een schoon milieu, te realiseren. Een dergelijke inspanningsverplichting laat zich moeilijker door de rechter beoordelen, omdat de inzet van middelen in de regel een keuze vergt van de politiek. Vaak gaat het hierbij om een afweging van verschillende belangen, zoals financiële, economische en maatschappelijke, en (daarmee) veelal ook politieke belangen. Die afweging van belangen moet idealiter zo uitvallen dat daarmee het algemeen belang het best wordt gediend. Het kabinet acht de rechter daar weliswaar in beginsel toe in staat, maar acht het ook bij uitstek een taak voor de politiek, en niet voor de rechter.

Organisatorische en institutionele bepalingen

Naast grondrechten bevat de Grondwet organisatorische en institutionele bepalingen waarin de belangrijkste bevoegdheden worden opgedragen aan (de)centrale organen van de staat. Daarbij gaat het niet om grondrechten die burgers beschermen tegen bemoeienis van de overheid of om rechten die waarborgen dat burgers kunnen deelnemen aan de samenleving en de politiek, maar om bepalingen over instellingen en organen en hun bevoegdheden. Als dergelijke vragen tot het domein van de rechter gaan behoren, krijgt de rechter een wezenlijk andere functie in ons staatsbestel. De rechter toetst dan geen wetten aan de Grondwet, maar gaat als een soort constitutionele arbiter fungeren in de interne organisatie van de andere staatsinstellingen en hoe zij hun bevoegdheden gebruiken. Dit zou naar het oordeel van het kabinet niet alleen kunnen leiden tot (vergaande) wijzigingen van ons parlementaire stelsel, maar ook tot een verregaande politisering van het rechterlijk domein en een ongewenste rechterlijke inmenging in het politieke domein. Immers, de bevoegdheid van politieke organen om toepassing te geven aan de Grondwet als richtinggevend voor het eigen handelen (wetgeving, controle) verschuift naar de rechter.

---

[17] Overigens is van een scherp onderscheid tussen klassieke grondrechten (vrijheidsrechten) en sociale grondrechten geen sprake; meerdere grondrechten kennen beide dimensies.

Directie Constitutionele Zaken en Wetgeving
Afdeling Constitutionele Zaken

Algemene rechtsbeginselen

Bij rechterlijke constitutionele toetsing van wetten komt ook de vraag op of rechters wetten mogen toetsen aan de (ongeschreven) algemene rechtsbeginselen, zoals bijvoorbeeld het rechtszekerheidsbeginsel en het zorgvuldigheidsbeginsel.[18] Het kabinet wees deze toetsing in 2002 nadrukkelijk af, omdat elke dialoog tussen rechter en wetgever hierbij ontbreekt.[19]. Ook in het initiatiefwetsvoorstel Halsema werd toetsing aan de algemene rechtsbeginselen om die reden afgewezen. Het huidige kabinet meent, in het licht van de rechtsontwikkeling, dat een nadrukkelijke afwijzing op voorhand van *elke* vorm van toetsing aan ongeschreven recht niet meer voor de hand ligt.[20] Tegelijkertijd is de jurisprudentiële ontwikkeling nog volop in beweging en is het de vraag of er voor dit onderwerp voldoende constitutionele rijpheid aanwezig is.[21] Het kabinet volgt deze ontwikkelingen en beziet wat onder de gegeven omstandigheden een passend vervolg is.

Toetsingskader: opties

Wat betreft een antwoordrichting op de vraag waaraan wordt getoetst (toetsingskader) is een aantal mogelijkheden denkbaar. Daarbij is onder andere de vraag relevant of grondwetsartikelen wel goed ex post toetsbaar zijn door een rechter op het moment dat er een vorm van constitutionele toetsing wordt ingevoerd.
De staatscommissie parlementair stelsel is uitgegaan van toetsing aan een reeks met name aangewezen artikelen van de Grondwet. Daarbij betreft het vooral de grondwettelijke grondrechten die de vrijheidssfeer van de burger garanderen en enkele andere bepalingen die een vergelijkbaar karakter hebben. Dat karakter is dat ze een vrijheidsrecht bevatten dat de overheid in beginsel heeft te eerbiedigen, tenzij er valide redenen zijn om het recht te beperken. Dat betekent dat ze betrekkelijk goed door de rechter kunnen worden toegepast, omdat de

[18] De Hoge Raad wees dat af in het Harmonisatiewet-arrest, evenals de toetsing aan het Statuut van het Koninkrijk, HR 14 april 1989, ECLI:NL:HR:1989:AD5725.
[19] Nota constitutionele toetsing van formele wetten, Kamerstukken II, 2001/02, 28 355, nr. 2, p. 9.
[20] Het gaat hier om de jurisprudentie die inhoudt dat indien sprake is van bijzondere omstandigheden die niet zijn verdisconteerd in de afweging van de wetgever, dit aanleiding kan geven tot een andere uitkomst dan waartoe strikte toepassing van de wet leidt, wat het geval is indien niet verdisconteerde omstandigheden die strikte toepassing zozeer in strijd doen zijn met algemene rechtsbeginselen of (ander) ongeschreven recht dat die toepassing achterwege moet blijven, zie bijvoorbeeld HR 19 december 2014, ECLI:NL:HR:2014:3679 (Zorgverzekeringsarrest); CRvB 19 juli 2017, ECLI:NL:CRVB:2017:2622; CRvB 22 oktober 2020, ECLI:NL:CRVB:2020:607; CBb 29 maart 2022, ECLI:NL:CBB:2022:134
[21] ABRvS 2 februari 2022, ECLI:NL:RVS:2022:285, r.o. 7.2. In deze zaak ging het over de vraag of en zo ja, hoe intensief de bestuursrechter de evenredigheid van een overheidsbesluit toetst. In deze zaak ging het echter niet om de, voor artikel 120 GW relevante, vraag of en zo hoe intensief de bestuursrechter mag toetsen aan het evenredigheidbeginsel als het besluit berust op een gebonden bevoegdheid die haar grondslag vindt in een wet in formele zin. De conclusie van de AG's van 7 juli 2021 (ECLI:NL:RVS:2021:1468) bevat hierover wel beschouwingen. De ABRvS vermeldt in r.o. 7.2 dat ¨die in toekomstige zaken van de Afdeling en (de) andere hoogste bestuursrechters zeker aan bod zullen komen¨. Op 23 februari jl. heeft de ABRvS aan staatsraad A-G Snijders een conclusie gevraagd waarin het in de kern gaat om de vraag of en zo ja, welke mogelijkheden de bestuursrechter heeft om een formele wet te toetsen aan het evenredigheidsbeginsel. Volgens de ABRvS past deze conclusie in een serie van vier (genomen of nog te nemen) conclusies over dit onderwerp.

rechter beoordeelt of de overheid binnen de grenzen van haar bevoegdheid is gebleven bij een beweerde aantasting van het (grond)recht.
Deze met name genoemde grondwetsbepalingen waren al eerder voorgesteld in het reeds genoemde initiatiefwetsvoorstel Halsema/Van Tongeren.[22] De staatscommissie parlementair stelsel voegde daar de algemene bepaling aan toe (als die een plaats krijgt in de Grondwet).[23] Naar het oordeel van het kabinet sluit dit toetsingskader het best aan bij het doel dat het kabinet met de invoering van constitutionele toetsing beoogt: de rechter meer ruimte geven om in individuele gevallen de grondrechtelijke aspecten aan de orde te stellen. Daardoor kan de rechtspositie van de burger op dit punt beter worden gewaarborgd.
Mede om die reden hebben destijds de Hoge Raad alsmede de Raad voor de rechtspraak en de Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak in hun adviezen een voorkeur uitgesproken voor een dergelijk toetsingskader.[24]
Recent is de Hoge Raad, de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State en de Raad voor de rechtspraak gevraagd hun zienswijze te geven over constitutionele toetsing door de rechter.
In lijn met zijn eerdere adviezen is de Hoge Raad een voorstander van *gespreide* toetsing aan een aantal met name genoemde grondwettelijke vrijheidsrechten. Naar het inzicht van de Hoge Raad sluit een dergelijke toetsing het meest aan bij wat de rechter al pleegt te doen bij verdragstoetsing en past dit ook naadloos in de bestaande inrichting van de rechtspraak. Om dezelfde reden is de Hoge Raad geen voorstander van de oprichting van een constitutioneel hof, omdat dat een nieuwe instelling betekent die ingepast zal moeten worden in het bestaande stelsel en waarvoor nieuwe procedures moeten worden ontwikkeld. Uit oogpunt van rechtsbescherming voor de rechtzoekende burger heeft dat naar het oordeel van de Hoge Raad geen toegevoegde waarde. De Hoge Raad waarschuwt bovendien voor mogelijke aanzienlijke vertraging van procedures.
De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State is eveneens voorstander van *gespreide* toetsing aan grondwettelijke vrijheidsrechten. Toetsing aan sociale grondrechten acht de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State niet ondenkbaar, maar dit verdient, gezien het karakter van deze grondrechten, een nadere beschouwing. Speciale aandacht wordt in dit kader gevraagd voor bepalingen uit de Grondwet die elementen bevatten van zowel klassieke als sociale grondrechten, zoals artikel 23 Grondwet (onderwijs). Wat betreft de bepalingen waaraan getoetst kan worden vraagt de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State aandacht voor de beperkingssystematiek van grondrechten en toetsing aan algemene rechtsbeginselen. Volgens de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State zou met een constitutioneel hof de mogelijke meerwaarde van constitutionele toetsing, gelegen in aanvullende rechtsbescherming voor de burger, worden ondergraven.

---

[22] Voorstel van wet van het lid Halsema houdende verklaring dat er grond bestaat een voorstel in overweging te nemen tot verandering in de Grondwet, strekkende tot invoering van de bevoegdheid tot toetsing van wetten aan een aantal bepalingen van de Grondwet door de rechter, *Kamerstukken I* 2004/05, 28 331, A. Tot een tweede lezing is het niet gekomen; het wetsvoorstel werd ingetrokken.
[23] Eindrapport van de staatscommissie parlementair stelsel – 'Lage drempels, hoge dijken. Democratie en rechtsstaat in balans', 23 december 2018, par. 6.1 (bijlage bij *Kamerstukken II* 2018/19, 34 430 nr.9). Voor de algemene bepaling wordt hier verwezen naar hetgeen in de inleiding en in noot 7 is opgemerkt.
[24] Adviezen HR over constitutionele toetsing van 31 oktober 1991 en van 11 november 1997 en het advies over het wetsvoorstel Halsema van 1 november 2002, *Kamerstukken II* 2002/03, 28 331 nr. 5 en de adviezen van de Rvdr en de NVvR, *Kamerstukken II* 2002/03, 28 331 nr. 6.

De Raad voor de rechtspraak is eveneens voorstander van *gespreide* toetsing aan grondwettelijke vrijheidsrechten. Daarnaast noemt de Raad voor de rechtspraak de mogelijkheid van toetsing aan (bepaalde) sociale grondrechten en mogelijk ook enkele institutionele bepalingen, maar doet dat onder de erkenning dat daarmee een risico bestaat dat de rechter uitspraken doet die mede of merendeels politiek van aard zijn of het politieke bestel als zodanig betreffen.

Alles afwegende heeft het kabinet een voorkeur voor toetsing aan de klassieke vrijheidsrechten.

Gespreide of geconcentreerde toetsing?

Gespreide toetsing betekent dat burgers bij elke rechter terecht kunnen voor de grondwettelijke toetsing van wetten. Bij een vorm van geconcentreerde toetsing kan dit niet.
Het wetsvoorstel-Halsema/Van Tongeren ging uit van *gespreide* rechterlijke toetsing, overeenkomstig de gespreide toetsing van wetten aan verdragen. Dat is ook de voorkeur die de Hoge Raad, de Raad voor de Rechtspraak en de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State hebben bevestigd in hun recente zienswijzen van begin dit jaar (2022). De Hoge Raad en de Raad voor de rechtspraak hebben zich ook in 2002 uitgesproken voor die wijze van toetsing, evenals toen de Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak.[25] De Hoge Raad sprak ook daarvoor reeds in zijn adviezen van 1991 en 1997 een duidelijke voorkeur uit voor gespreide toetsing, omdat dit het beste past bij de aard van de grondrechten als middel tot rechtsbescherming van de burger. Deze rechtsbescherming kan immers het best worden verwezenlijkt, wanneer zij zonder vertraging kan worden verleend door elke rechter aan wie een zaak wordt voorgelegd waarin aan die rechtsbescherming behoefte lijkt te bestaan, aldus de Hoge Raad.[26]

De staatscommissie parlementair stelsel adviseerde tot *geconcentreerde* toetsing door een constitutioneel hof. Daarvoor adviseerde de staatscommissie de invoering van een prejudiciële procedure. Dat zou er op neerkomen dat het toetsingsverbod ex artikel 120 Grondwet voor alle rechters blijft gehandhaafd, behalve voor het constitutioneel hof. Een belangrijk argument voor de staatscommissie was het belang van het bewaken van de rechtseenheid en de rechtszekerheid.
Wanneer de verdragstoetsing als gespreide toetsing blijft bestaan en voor de constitutionele toetsing aan de Grondwet wordt gekozen voor een geconcentreerde vorm, doet zich zowel een materieel als een procedureel bezwaar voor bij samenloop van beide vormen van toetsing.
Materieel, omdat grondwettelijke vrijheidsrechten veelal een pendant hebben in het EVRM, het IVBPR of andere mensenrechtenverdragen. Procedureel, omdat de rechter het geschil moet splitsen in een deel dat hij zelf kan afdoen en een deel waarvoor niet hij, maar de rechter die bevoegd is tot constitutionele toetsing dit onderdeel afdoet, dan wel zijn antwoord terug stuurt aan de vragende rechter. Dat zal niet alleen tot een kunstmatig onderscheid kunnen leiden dat de rechter moet maken en dat tot vertraging zal leiden, ook de rechtzoekende zal waarschijnlijk moeilijk kunnen inzien waarom een dergelijk (kunstmatig aandoend) onderscheid moet worden gemaakt. Vanuit het perspectief van

[25] Adviezen HR over constitutionele toetsing van 31 oktober 1991 en van 11 november 1997 en het advies over het wetsvoorstel Halsema van 1 november 2002, *Kamerstukken II* 2002/03, 28 331 nr. 5.
[26] Advies HR over constitutionele toetsing van 11 november 1997, hoofdstuk II, par. 11.

verbetering van de rechtsbescherming van de burger lijkt de vorm van gespreide toetsing dus voor de hand te liggen.

Ook als zou worden gekozen voor de variant van concentreerde toetsing bij één of meer van de bestaande (hoogste) rechterlijke instanties (HR, AbRvS, CRvB, CBb) doen deze bezwaren zich voor. Bij deze variant zou daar nog bijkomen dat deze variant een nadere keuze zou vergen over welke van de (vier) hoogste rechters dan de bevoegdheid zou(den) krijgen tot constitutionele toetsing. Bovendien zou de verhouding tot de overige hoogste rechters de nodige uitwerking en aandacht behoeven. Dat vergt niet alleen een specifieke uitzondering op het toetsingsverbod, maar ook uitwerking in formele wetgeving en procesreglementen over de wijze van beantwoorden van toetsingsvragen.

In de nota over constitutionele toetsing uit 2002 concludeerde het toenmalige kabinet dat de aangewezen plaats om de rechtsbescherming te verwezenlijken de rechter in eerste aanleg is. Dat kan de strafrechter, de bestuursrechter of de burgerlijke rechter zijn. Het ligt niet direct voor de hand deze rechters over één bepaald aspect in de zaak (de grondwettigheid) geen zelfstandige bevoegdheid tot oordelen te geven.[27] Naar het oordeel van het kabinet geldt dit argument nog onverkort.
Een ander procedureel bezwaar van geconcentreerde toetsing is dat de rechter bij wie een geschil aanhangig is, ook is gehouden om toepassing te geven aan het recht van de Europese Unie (EU) en bij uitleggingsvragen onverwijld een prejudiciële vraag *moet* stellen aan het Hof van Justitie van de EU. Wanneer het geschil (onder meer) gaat om de toepassing van een grondwettelijk grondrecht dat een pendant heeft in het EU Handvest voor de Grondrechten, raakt de rechter verstrikt in conflicterende plichten; de rechter moet dan zowel de prejudiciële vraag voorleggen aan het Hof van Justitie als aan een constitutioneel hof als daartoe besloten zou worden.
Dat alles maakt dat, gelet op de bestaande gespreide verdragstoetsing in Nederland, een geconcentreerde grondwetstoetsing moeilijk is in te passen in de bestaande organisatie en werkwijze van de rechtspraak en evenmin ten goede komt aan de eenvoud en toegankelijkheid van een stelsel waarin constitutionele toetsing mogelijk wordt om de rechtpositie van de burger beter te waarborgen.

Dit afwegende meent het kabinet dat de optie van **gespreide toetsing** het meest in de rede ligt, gelet op het doel van constitutionele toetsing en inpasbaarheid in het stelsel.

Een constitutioneel hof?

Gespreide toetsing betekent nog niet dat er geen ruimte zou kunnen zijn voor een constitutioneel hof. Zo is denkbaar dat gespreide toetsing bestaat waarbij de rechter in eerste aanleg (rechtbanken) en de rechter in hoger beroep (hoven) de bevoegdheid krijgen om wetgeving te toetsen aan de Grondwet. Vervolgens zullen de hoogste rechters (HR, ABRvS, CRvB en CBB) een oordeel geven alvorens een constitutioneel hof zich over de zaak buigt. Dat zal niet alleen betekenen dat de totale rechtsgang nog langer wordt en de burger (te) lange tijd in het ongewisse blijft of zijn beroep op een Grondwetsbepaling zal worden gehonoreerd. Bij de keuze voor (gespreide) toetsing aan de grondrechtelijke vrijheidsrechten ligt het

[27] Nota constitutionele toetsing van formele wetten, *Kamerstukken II*, 2001/02, 28 355, nr. 2, par. 6.

instellen van een constitutioneel hof niet voor de hand. Dit zou immers betekenen dat er een volstrekt nieuwe instantie in het leven wordt geroepen voor iets waarmee zowel de burgerlijke rechter, de strafrechter als de bestuursrechter al ruimschoots vertrouwd zijn. In zijn nota over constitutionele toetsing uit 2002 concludeerde het toenmalige kabinet dat bij toetsing aan de klassieke grondrechten het model van gespreide toetsing (zonder constitutioneel hof) het beste past, mede gezien de mogelijkheden die de Nederlandse rechter al heeft om wetten te toetsen.[28]
Ook de verhouding van een constitutioneel hof tot andere (staats)organen en instellingen, zoals de wetgever, de Staten-Generaal en de Raad van State verdient de nodige aandacht. Dat betekent dat de instelling van een constitutioneel hof gevolgen heeft, niet alleen voor het bestaande stelsel van rechtspleging, maar ook voor de inrichting van de staat als organisatie en daarbinnen geldende verdeling van bevoegdheden.
De staatscommissie parlementair stelsel zag in de instelling van een constitutioneel hof een mogelijkheid om de rechtseenheid te bevorderen. Uit het recente rechtsvergelijkend onderzoek dat het kabinet heeft laten uitvoeren blijkt evenwel dat in geen van de onderzochte landen met gespreide toetsing een gebrek aan rechtseenheid wordt ervaren.[29] Uit dit rechtsvergelijkend onderzoek blijkt eveneens dat ‘gewone’ rechters zich bij (gespreide) constitutionele toetsing terughoudend plegen op te stellen tegenover de wetgever, terwijl constitutionele of grondwettelijke hoven zich doorgaans vrijer voelen om de grondwet te interpreteren en, gelet op hun taak als ‘beschermer van de grondwet’, waar nodig de wetgever te corrigeren. Hierbij speelt ook een rol dat de constitutionele hoven in buitenlandse rechtsstelsels, vanuit een historische achtergrond, niet alleen aan de klassieke grondrechten toetsen, maar ook aan de institutionele bepalingen van de Grondwet, waardoor zij als een soort constitutioneel arbiter tussen overheidsorganen fungeren.

Wanneer een constitutioneel hof wordt ingesteld moeten hiervoor bovendien processuele voorzieningen worden getroffen. Een mogelijkheid is de invoering van een prejudiciële procedure, zoals gesuggereerd door de staatscommissie parlementair stelsel. Dat betekent dat de rechter die moet oordelen over een geschil (zaaks-rechter), waarin de vraag wordt opgeworpen over de verenigbaarheid met de Grondwet, de behandeling moet opschorten om een prejudiciële vraag te stellen en de beantwoording daarvan af te wachten. Voor de rechtzoekende zal dat een complicatie betekenen zonder dat hij veel invloed kan uitoefenen op de inhoud van de te stellen vraag en evenmin de uitkomst kan beïnvloeden. Constitutionele toetsing komt daarmee in letterlijke en figuurlijke zin verder af te staan van burgers.

Een constitutioneel hof is naar het oordeel van het kabinet geen noodzakelijke voorwaarde voor constitutionele toetsing en minder goed inpasbaar in het rechtsbestel en evenmin in het staatsbestel. De instelling van een constitutioneel hof zou daarom **niet** in de rede liggen.

Toetsing wanneer?

---

[28] Nota constitutionele toetsing van formele wetten, *Kamerstukken II*, 2001/02, 28 355, nr. 2, par. 6.
[29] Rechtsvergelijkend onderzoek constitutionele toetsing, Claes, Heringa, Van der Sluis & Stremler, 2021, Bijlage bij *Kamerstukken II* 2020/21, 35 570-VII, nr. 90 en *Kamerstukken I* 2020/2134 430, Y.

Directie Constitutionele Zaken en Wetgeving
Afdeling Constitutionele Zaken

Toetsing door de rechter van een wetsvoorstel aan de Grondwet *ex ante* is geen rechtspraak in eigenlijke zin. Er is immers geen concreet geschil waarover de rechter oordeelt. Deze variant is alleen mogelijk in de vorm van geconcentreerde toetsing.
Een dergelijke toetsing van voorstellen van wet - op enig moment in het wetgevingsproces - door de rechter betekent dat moet worden nagedacht over de toegevoegde waarde van een rechterlijke bevinding naast die van, onder meer, de Afdeling advisering van de Raad van State en van het parlement. Dat betekent dat de toegevoegde waarde van constitutionele toetsing door de rechter ligt in een toetsing *ex post*, dus van wetten die in werking zijn getreden. Juist in die gevallen laat zich het aspect gelden van de rechtsbescherming van de rechtzoekende burger en worden zijn grondwettelijke rechten beter gewaarborgd.

Constitutionele toetsing door de rechter heeft, uit oogpunt van rechtsbescherming, naar het oordeel van het kabinet, meerwaarde voor burgers wanneer die *ex post* geschiedt ten opzichte van een toetsing *ex ante*.

Advies of bindend oordeel?

Het is denkbaar dat de bevindingen van de rechter over de grondwettigheid van wetten (*ex post*) niet uitmonden in een bindend rechterlijk oordeel, maar in een **advies** aan de wetgever. Dat is echter geen rechtspraak in eigenlijke zin. Voor de rechtzoekende burger biedt het niet veel soelaas, omdat het vervolgens nog van de wetgever zal afhangen of en zo ja, op welke wijze en wanneer gevolg wordt gegeven aan het rechterlijk advies. Bovendien is deze oplossing moeilijk te rijmen met de werkwijze bij verdragstoetsing, die immers gespreide toetsing behelst. Bij samenloop (die zich vermoedelijk vaak zal voordoen) zal het kunstmatig overkomen en afbreuk doen aan de effectiviteit wanneer het rechterlijk oordeel voor de verdragstoetsing bindend is en de constitutionele toetsing uitmondt in een advies.
Wanneer de rechter de bevoegdheid krijgt om zijn bevindingen over de grondwettigheid van wetten uit te spreken in de vorm van een **bindend rechterlijk oordeel** is sprake van rechtspraak in eigenlijke zin. Immers, de rechter stelt zijn oordeel over de grondwettigheid in de plaats van dat van de wetgever. Indien dat oordeel van de rechter afwijkt van dat van de wetgever, zal deze genoodzaakt zijn de gewraakte bepaling of regeling aan te passen op een zodanige manier dat het door de rechter geconstateerde gebrek wordt opgeheven of, wanneer herstel onmogelijk of onwaarschijnlijk is, de bepaling of regeling schrappen of intrekken.

Hoe ingrijpend de gevolgen zullen (kunnen) zijn van een bindend rechterlijk oordeel hangt af van de keuze die wordt gemaakt in de rechtsgevolgen die daaraan zijn verbonden: wordt de bepaling of regeling buiten toepassing gelaten of wordt zij nietig verklaard? Bij het buiten toepassing laten is het mogelijk dat de toepassing van de gewraakte bepaling in andere gevallen geen grondwettelijke bezwaren oproept. Bij nietig verklaring wordt de bepaling of regeling geacht nooit te hebben bestaan, hetgeen de nodige (juridische) gevolgen kan hebben voor rechtsverhoudingen die op grond van die bepaling of regeling zijn ontstaan, gewijzigd of teniet gegaan. Uit oogpunt van rechtszekerheid kleven daaraan bezwaren.

Constitutionele toetsing door de rechter zou, naar het oordeel van het kabinet, moeten uitmonden in een (juridisch) bindend oordeel.

Rechtsgevolgen

Gelet op het voorgaande ligt het in de rede om voor het rechtsgevolg van een rechterlijk oordeel ook hier het spoor te volgen van de verdragstoetsing, in die zin dat bij vastgestelde onverenigbare toepassing van de wet(sbepaling) met de Grondwet de rechter kan besluiten om de wet(sbepaling) buiten toepassing te laten. Deze oplossing is ook geadviseerd door de staatscommissie parlementair stelsel.
Dat hoeft niet te betekenen dat dit voor iedere denkbare toepassing van de wet(sbepaling) geldt, maar dat is ook niet uitgesloten. Zo kan de rechter vaststellen dat welke toepassing dan ook onverenigbaar is met de Grondwet. Overigens laat dit onverlet dat de rechter evenals bij verdragstoetsing (verdragsconform) kan besluiten tot een grondwetsconforme interpretatie. Ook kan hij besluiten om, wanneer meerdere juridisch verdedigbare oplossingen zich aandienen, de keuze daaruit aan de wetgever te laten op grond van een afwegingen waarin ook andere belangen - zoals maatschappelijke, politieke of financiële belangen - worden meegewogen.

Bij onverenigbaarheid van de wet(sbepaling) met de Grondwet zou de rechter, naar het oordeel van het kabinet, moeten kunnen besluiten om de wet(sbepaling) buiten toepassing te laten.

Conclusie
Het voorgaande samengevat spreekt het kabinet, de voor- en de nadelen afwegende, een voorkeur uit voor een model waarin gespreide toetsing mogelijk is – dat wil zeggen: door alle rechters – van wetten die in werking zijn getreden (rechterlijke toetsing *ex post*) aan een aantal met name genoemde bepalingen van de Grondwet (vrijheidsrechten), waarbij de rechter in een bindend rechterlijk oordeel de wet of wetsbepaling buiten toepassing kan laten wegens strijd met de Grondwet.

De Minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties,

Hanke Bruins Slot

De Minister voor Rechtsbescherming,

F.M. Weerwind



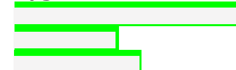
Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties

TER ONDERTEKENING

Nota actief openbaar
Ja

Onze referentie
2022-0000320988

Datum
16 juni 2022

Opgesteld door


Samengewerkt met
JenV

Bijlage(n)
1

Aan MBZK
Van DCZW

nota

Tekenversie hoofdlijnenbrief constitutionele toetsing

Aanleiding
Bijgaand treft u de tekenversie van de hoofdlijnenbrief constitutionele toetsing, onder voorbehoud van accordering door de ministerraad op vrijdag 1 juli.
De brief dient mede ondertekend te worden door de minister voor Rechtsbescherming. De brief gaat uit mede namens de minister van JenV.

Geadviseerd besluit
Graag alvast uw (mede)ondertekening van bijgaande hoofdlijnenbrief, ter verzending - onder voormeld voorbehoud van instemming van de MR - aan beide Kamers der Staten-Generaal.

Kern
- Het door u en de minister voor Rechtsbescherming gevoerde sonderingsgesprek heeft niet geleid tot aanpassingen van de brief.
- Een (ten opzichte van het vorige RBJ/MR-advies: licht geactualiseerd) MR-advies ontvangt u separaat.

Bijlagen

Volgnummer	Naam	Informatie
1	Hoofdlijnenbrief Constitutionele toetsing aan de VzTK	
2	Hoofdlijnenbrief Constitutionele toetsing aan de VzEK	